

COMBINAÇÃO DE LEIS SUCESSIVAS – A SUPERAÇÃO DE UM MITO

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná

Co-redator dos anteprojetos que se converteram na Lei nº 7.209/84 (nova Parte Geral do CP) e Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal)

Membro do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)

Detentor da Medalha Mérito Legislativo – Câmara dos Advogados Advogado.

I. O caso concreto

Em julho de 1996, o acusado foi preso em flagrante trazendo consigo e guardando em sua residência 8 (oito) gramas de cocaína. Em face dos indicadores do art. 37 da Lei nº 6.368/76 (“natureza e quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e antecedentes do agente”), a autoridade policial classificou o fato no art. 16 do mesmo diploma (posse para consumo próprio), punido com detenção, e arbitrou fiança que foi prestada. Também foi liberado o automóvel do acusado, onde ele se encontrava quando foi preso.

Alegando que a quantidade de droga apreendida configurava tráfico, o Promotor de Justiça denunciou pelo crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76. A inicial foi recebida em outubro daquele ano¹.

Não sendo localizado, o réu foi citado por edital sem que houvesse o comparecimento a juízo. Foram suspensos o processo e o prazo prescricional (CPP, art. 366), em decisão de 16 de junho de 1997.

¹ Autos nº 1996.4852-5, da 11ª Vara Criminal de Curitiba.

Seis anos após, foi decretada a prisão preventiva do ausente, no pressuposto de que “a sua ocultação faz presumir que pretende furtar-se a (sic) aplicação da lei penal”. Foi efetuada a prisão², revogada dias após pela falta de fundamentação e por haver a prova de primariedade, bons antecedentes, ocupação profissional lícita e outros aspectos positivos.

Nos memoriais de julgamento, em agosto de 2007, o Ministério Público opinou pela desclassificação do ilícito para o art. 16 da Lei nº 6.368/76, enquanto a defesa, concordando com a imputação mais benigna³, opinou pela aplicação do inciso I do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, *in verbis*: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos da droga”.

2. Resistências à combinação da lei nova com a lei velha

Era antiga a resistência no sentido de não se admitir a combinação das leis em confronto para se aplicar as normas mais favoráveis no caso concreto. Bento de Faria, transcrevendo a doutrina de Manzini (Trattato, ed. de 1933, t. I, p. 332, nº 8), refere que na escolha concreta das referidas leis deve a mesma recair, numa ou noutra, “considerada integral e distintamente, não sendo admissível a aplicação simultânea das disposições mais brandas de ambas, salvo quando tal for expressamente consentido”⁴. O mestre italiano, louvando-se em precedentes da Corte de Cassação, reafirma em texto publicado quase trinta anos após: “*La sentenza affetta da siffatto vizio sarebbe annullabile per eccesso di potere*”⁵.

Entre nós, Hungria, o líder intelectual do Código Penal de 1940, sustenta que não é possível entrosar os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma “terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo”. No mesmo sentido, Heleno Fragoso⁶, Jair Leonardo Lopes⁷ e Zaffaroni-Pierangeli⁸.

² São muito frequentes os casos em que o acusado não é localizado para receber a citação, mas é encontrado para ser cumprido o mandado de prisão.

³ Foi sustentada, para tanto, a aplicação dos indicadores do art. 37 da Lei nº 6.368/76.

⁴ BENTO DE FARIA, Antonio. *Aplicação e retroatividade da lei*, Rio de Janeiro. A. Coelho Branco Filho, Editor, 1934, p. 42-43.

⁵ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*, Torino: UTET, 1961, vol. 1, p. 361.

⁶ *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., p. 107.

⁷ *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, São Paulo: RT, 2ª ed., 1996, p. 102

⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio – PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*,

O Código Penal não regula o assunto. No entanto, o Anteprojeto de 1963, elaborado por Nélson Hungria, proibia a fusão nos termos seguintes: “Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao caso vertente (art. 2º, § 2º).” Fragoso apoiou aquele texto fundamentando-se no parágrafo único do art. 2º do Código Penal que, na época, assim dispunha: “A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”. E concluiu que não seria possível a utilização de parte de um todo⁹.

O Código Penal de 1969¹⁰, acompanhando a tendência da época, manteve a redação do Anteprojeto, apenas substituindo a expressão “caso vertente” por “fato”. O dispositivo foi conservado na Lei nº 6.016/73 (art. 2º, § 2º). A mesma restrição fora observada no Código Penal Tipo para a América Latina (1963/1971), art. 8º.

A jurisprudência tradicional se acomodara àquela ‘crença’, como se verifica pelo aresto do antigo Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro (14/07/1943): “É ilegal e contrário aos princípios reguladores do Direito intertemporal, aplicar o juiz, ao mesmo tempo, a um só fato, a lei vigente ao tempo em que foi o delito praticado e a lei posterior, retroativamente, sob pretexto de beneficiar o réu”¹¹.

Mas um precedente histórico surgiu com o acórdão do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte (29/10/1942), relatado pelo Des. Seabra Fagundes, aplicando simultaneamente a Consolidação das Leis Penais e o novo Código Penal, porque ambas as disposições beneficiavam o réu¹². Aquela pioneira e judiciosa orientação vingou na 1ª Conferência de Desembargadores, reunida no Rio de Janeiro (1943) para discutir o novo Código Penal (Dec.-Lei nº 2.848, de 07/12/1940).

3. A consagração de um critério evolutivo

Os doutrinadores e os juízes têm admitido sem mais reservas a combinação

São Paulo: RT, 1997, p. 230/231.

⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. “A reforma da legislação penal - I”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (RBCDP), Guanabara: ed. Universidade do Estado da Guanabara, 1963, nº 2, p. 56.

¹⁰ Dec.-lei nº 1.004, de 21.10.1969, alterado pela Lei nº 6.016, de 31.12.1973, foi revogado pela Lei nº 6.578, de 11.10.1978. O CP 1969 nunca entrou em vigor.

¹¹ Em ALVES DA SILVA, Valentim. *Repertório de jurisprudência do Código Penal*, São Paulo: Max Limonad, vol. 1º, p. 38. Idem, Tribunal de Apelação de Santa Catarina, em 10.09.1943. (Ob. cit. p. 41).

¹² Apel. Crim. nº 2.342, em Alves da Silva, ob.cit., p. 40

de leis sucessivas sempre que a fusão possa beneficiar o réu. Merecem destaque as opiniões de Bruno¹³, J. F. Marques¹⁴, Garcia¹⁵, Noronha¹⁶, Toledo¹⁷, Delmanto¹⁸, Damásio¹⁹ e Bitencourt²⁰.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do ministro Marco Aurélio, decidiu: “Separáveis as partes das normas em conflito, possível é a aplicação do que nelas transpareça como mais benigno”²¹.

Em recentíssima decisão, relatada pelo desembargador Oto Sponholz, o Tribunal de Justiça do Paraná assentou que diante do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, “bem como nas lições doutrinárias mais modernas, pode o juiz tomar os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei nova, combiná-los e aplicá-los ao caso concreto, de modo a extrair o máximo de benefício resultante da aplicação conjunta das leis (normas) sucessivas”²².

4. O endereço legislativo da solução

A solução para a controvérsia sobre a combinação das leis sucessivas tem um endereço legislativo certo: é no quadro das disposições constitucionais que consagram dois princípios fundamentais da aplicação da lei penal, quais sejam, a ‘irretroatividade da lei mais grave’ e a ‘retroatividade da lei mais benigna’.

A Reforma de 1984, ao dar nova redação do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, levou em consideração a mudança do texto constitucional (ocorrida com as Cartas de 1946, 1967 e 1969), como se verifica pela Exposição de Motivos da nova Parte Geral, resguardando a aplicação da *lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena (item nº 9).

Nos dias correntes e diante da clareza da Constituição e do Código Penal, que tornam obrigatória a retroatividade da lei mais benéfica – e, por via

¹³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal- Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1º, p. 270.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1964, 2ª ed., vol. 1º, p. 210/211.

¹⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, São Paulo: Max Limonad, 4ª ed., 1959, vol. 1, t. I, p. 148.

¹⁶ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1985, atualizado por Camargo Aranha, vol. 1, p. 89/90.

¹⁷ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1994, p. 36/39.

¹⁸ DELMANTO, Celso *et alii*. *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro: Renovar, 6ª ed., 2002, p. 7.

¹⁹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal- Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1º, p. 82/83.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2007, p. 168.

²¹ HC 69.033-5, DJU de 13.03.1992, p. 2.925, em SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 1997, t. I, vol. I, p.81.

²² 1ª Câmara. Crim., Acórdão 21238, processo 0383559-0/01, *Embargos de Declaração Crime*, j. em 21.06.2007, publ. 03.08.2007, unânime. Acompanham o relator os juízes MÁRIO HELTON JORGE e LUIZ OSÓRIO PANZA.

de consequência, inaplicável a *lex gravior* aos fatos praticados antes de sua vigência –, não mais se questiona a possibilidade do juiz fazer a integração entre a lei velha e a lei nova. Não há mais ‘clima’ propício para se resistir ao imperativo da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga ‘superstição’ e a preconceituosa exegese opõe-se o princípio de garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF art. 5º, XL), que não se detém mesmo diante da *res judicata* (CP art. 2º, § 2º). E, para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o direito positivo em cada fato submetido à sua jurisdição. Não está, com isso, “criando” uma nova lei²³.

²³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2004, p. 275/276.